

<判例研究>

# 強制わいせつ罪における 行為者主観の行為意味への還元

——平成29年11月29日最高裁判所大法廷判決が行ったこと——

江 藤 隆 之

## 目次

### 【事実の概要】

### 【判旨】

### 【検討】

はじめに

1) 昭和45年判決の意義

2) 平成29年判決の意義

3) 行為者主観の行為意味への還元

おわりに

キーワード：強制わいせつ，性的意図，性的自由

対象事件：最高裁判所平成29年11月29日大法廷判決（平成28年（あ）第1731号）

事件名：児童買春，児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反，強制わいせつ，犯罪による収益の移転防止に関する法律違反被告事件

裁判内容：上告棄却（判決），有罪確定（懲役3年6月）

出典：刑集71巻9号467頁，裁時1688号1頁

**【事実の概要】(強制わいせつ罪に関する部分のみ)**

被告人は、被害者が13歳未満（当時7歳）であることを知りながら、被害者に被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどした。

被告人はその行為により射精し、被害者の顔面に精液を付着させるなどしたが、第1審（神戸地判平成28年3月18日）は、被告人が金に困って別の者から金を借りようとしたところ、金を貸すための条件として被害者とわいせつな行為をしてこれを撮影し、その画像データを送信するように要求されたから、わいせつな行為をしているような演技をしてその様子を撮影して送信したのであって、その目的は金を得ることにあり、上記の行為によって自己の性欲を刺激興奮させ、満足させる意図はなかったという供述、および、陰茎が勃起していたことや射精したことについては、過去に交際した女性との性行為等を思い出しながら自慰行為をしたことによるものであり、被害者に対する上記の行為によって勃起したり射精したりしたのではないとの供述を信用できると判断し、「被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残る」としつつも、「強制わいせつ罪の保護法益は、被害者の性的自由と解されるところ、犯人の性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されとは考えられない。また、犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別の主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しない」。「よって、客観的にわいせつな行為がなされ、犯人がそのような行為をしていることを認識していれば、同罪が成立する」と判示した。その際、弁護人から指摘のあった、強制わいせつ罪の成立には性的意図が必要であるという最高裁判例（最判昭和45年1月29日刑集24巻1号1頁）に触れ、「同判例は相当でないと判断した」と正面からかつての最高裁判例を否定した。

控訴審（大阪高判平成28年10月27日）もまた、「強制わいせつ罪の保護

法益は被害者の性的自由と解され、同罪は被害者の性的自由を侵害する行為を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、強制わいせつ罪が成立し、行為者の性的意図の有無は同罪の成立に影響を及ぼすものではないと解すべきである。その理由は、原判決も指摘するとおり、犯人の性欲を刺激興奮させ、または満足させるという性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられないし、このような犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別な主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しない」と述べて強制わいせつ罪の成立を認め、昭和45年最高裁判決についてその「判断基準を現時点において維持するのは相当ではない」として、やはり正面から否定した。

弁護人が、判例違反・法令違反を主張して上告。

### 【判旨】上告棄却

(段落番号は評者が振り直した。また、検討において言及する部分のうち特に重要な部分について参照の便宜のためアルファベットを打ち下線を引いた)

①「所論は、原判決が、平成29年法律第72号による改正前の刑法176条(以下単に「刑法176条」という。)の解釈適用を誤り、強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを要とした昭和45年判例と相反する判断をしたと主張するので、この点について、検討する。」

②「昭和45年判例は……『刑法176条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し……性欲を刺激興奮させ、または満足させる等の性的意図がなくても強制わいせつ罪が成立するとした第1審判決および原判決は、ともに刑法176条の解釈適用を誤ったもの

である』として、原判決を破棄したものである。」

③「しかしながら、昭和45年判例の示した上記解釈は維持し難いというべきである。」

④「現行刑法が制定されてから現在に至るまで、a. 法文上強制わいせつ罪の成立要件として性的意図といった故意以外の行為者の主観的事情を求める趣旨の文言が規定されたことはなく、強制わいせつ罪について、行為者自身の性欲を刺激興奮させたか否かは何ら同罪の成立に影響を及ぼすものではないとの有力な見解も従前から主張されていた。これに対し、昭和45年判例は、強制わいせつ罪の成立に性的意図を要するとし、性的意図がない場合には、強要罪等の成立があり得る旨判示しているところ、性的意図の有無によって、強制わいせつ罪（当時の法定刑は6月以上7年以下の懲役）が成立するか、法定刑の軽い強要罪（法定刑は3年以下の懲役）等が成立するにとどまるかの結論を異にすべき理由を明らかにしていない。また、同判例は、b. 強制わいせつ罪の加重類型と解される強姦罪の成立には故意以外の行為者の主観的事情を要しないと一貫して解されてきたこととの整合性に関する説明も特段付していない。」

「元来、c. 性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することができないという特質があると考えられる……これらのことからすると、昭和45年判例は、その当時の社会の受け止め方などを考慮しつつ、強制わいせつ罪の処罰範囲を画するものとして、同罪の成立要件として、d. 行為の性質及び内容にかかわらず、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを一律に求めたものと理解できるが、その解釈を確として揺るぎないものとみることはできない。」

⑤「そして、『刑法等の一部を改正する法律』（平成16年法律第156号）は、性的な被害に係る犯罪に対する国民の規範意識に合致させるため、強制わいせつ罪の法定刑を6月以上7年以下の懲役から6月以上10年以下の懲役に引き上げ、強姦罪の法定刑を2年以上の有期懲役から3年以上の有期懲役に引き上げるなどし、『刑法の一部を改正する法律』（平成29年法律第72

号)は、性的な被害に係る犯罪の実情等に鑑み、事案の実態に即した対処を可能とするため、それまで強制わいせつ罪による処罰対象とされてきた行為の一部を強姦罪とされてきた行為と併せ、男女いずれもが、その行為の客体あるいは主体となり得るとされる強制性交等罪を新設するとともに、その法定刑を5年以上の有期懲役に引き上げたほか、監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪を新設するなどしている。これらの法改正が、性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかである。」

⑥「以上を踏まえると、今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い。」

⑦「もっとも、e. 刑法176条にいうわいせつな行為と評価されるべき行為の中には、強姦罪に連なる行為のように、行為そのものが持つ性的性質が明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められるため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為がある一方、行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかの評価し難いような行為もある。その上、同条の法定刑の重さに照らすと、性的な意味を帯びているとみられる行為の全てが同条にいうわいせつな行為として処罰に値すると評価すべきものではない。そして、いかなる行為に性的な意味があり、同条による処罰に値する行為とみるべきかは、規範的评价として、その時代の性的な被害に係る犯罪に対する社会の一般的な受け止め方を考慮しつつ客観的に判断されるべき事柄であると考えられる。」

⑧「そうすると、刑法176条にいうわいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸

般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断せざるを得ないことになる。したがって、f. そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い。しかし、そのような場合があるとしても、g. 故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである。」

## 【検討】

はじめに

本判決は、強制わいせつ罪が成立するためには、主観的要素として故意の他に行為者の性的意図が必要であるという従来の最高裁の立場を裁判官の全員一致で否定したものである。<sup>(1)</sup>

この画期的な判決は、しかし、唐突に出されたものではない。むしろ、この判例変更のお膳立ては、かなり早い段階から始まっていたというべきだろう。強制わいせつ罪の成立に性的意図を不要であるとする判例変更は、十分に予想可能だったのであり、時間の問題であったとすらいえるようにも思われる。<sup>(2)</sup>

というのも、すでに昭和45年判決の段階において、入江俊郎裁判官は「行為者（犯人）がいかなる目的・意図で行為に出たか、行為者自身の性欲をいたずらに興奮または刺激させたか否か、行為者自身または第三者の性的しゅう恥心を害したか否かは、何ら結論に影響を及ぼすものではないと解すべきである」との反対意見を表明しており、長部謹吾裁判官も入江意見に同調する旨を示していた。つまり、強制わいせつ罪の成立要件として行為者に性的な意図を求める最高裁判決は、小法廷5名の裁判官における3対2の最僅差多数決で成立しており、当初から判決に加わった裁判官による異論に晒されていたのである。また、昭和45年判決以降の下級審に

においても、性的意図を明確に要求しているとは思われない判決はいくつも出されていた。それどころか、いわば性的意図必要説を装った不要説にもとづく判決すらみることができた。

たとえば、強制的に仕事をさせる目的で被害者の全裸査写真を撮影しようとして暴行を加えた事案において、東京地裁は、性的意図について、被告人が被害者を全裸にすると羞恥心を感じることを利用しようとしていたことをもって、「被害者を全裸にしその写真を撮る行為は、本件においては、同女を男性の性的興味の対象として扱い、同女に性的羞恥心を与えるという明らかに性的に意味のある行為、すなわちわいせつ行為であり、かつ、被告人は、そのようなわいせつ行為であることを認識しながら、換言すれば、自らを男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることを認識しながら、あえてそのような行為をしようと企て、判示暴行に及んだものであることを優に認めることができる」と述べて強制わいせつ罪の成立を肯定した。<sup>(3)</sup>これは性的意図を行為のわいせつ性の認識、すなわち故意に還元するものであり、最高裁昭和45年の立場とは明らかに異なる。<sup>(4)</sup>最高裁昭和45年の事案においても、行為者には当然被害者の裸体の撮影が性的意味を持つことの認識はあったからこそ、これを侮辱の手段に使用したことは明らかである。裸体写真が、報復・侮辱になりうるのは一般に人が羞恥するからである（着衣のスナッフ写真の撮影が一般になんらの報復・侮辱になりえないことを想起せよ）。それなのに、当時の最高裁は故意以上の性的意図を強制わいせつ罪の成立に求めて同罪の成立を否定したのである。最高裁は当時の原審が「報復侮辱の手段とはいえ、本件のような裸体写真の撮影を行つた被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかつたとは俄かに断定し難いものがある」としたのをわざわざ引用して「何ら証拠を示していない」と否定してみせたのであるから、<sup>(5)</sup>この東京地裁の判断は、昭和45年最高裁判決と異なる判断を、昭和45年判決の判断に沿ったようにみせながらしたものといえることができる。

また、東京高裁平成26年2月13日判決は、<sup>(6)</sup>「強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由であると解されるところ、同罪はこれを侵害する行為



を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、同罪の成立に欠けるところはないというべきである」と明確に性的意図不要説を述べ、「被告人の意図がいかなるものであれ、本件犯行によって、被害者の性的自由が侵害されたことに変わりはないのであり、犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させるという性的意図の有無は、上記のような法益侵害とは関係を有しないものというべきである」とまでいっている。本判決は、原審が報復目的と性的意図が併存していたことを認定した事実を是認した上で出されたものであり、事実認定としては性的意図を認定しつつ、評価において性的意図の必要性を正面から否定したものとしてきわめて興味深い。

もちろん、今回の判例変更につながった一審、二審ともに、昭和45年判決を否定したものである。もっといえば、昭和45年判決の一審、二審もまた、性的意図を不要としたものだったのである。

このように、昭和45年判決は、決して盤石な土台の上に置かれたものではなかった。

学説においても、状況は昭和45年判決に不利であった。当時の通説が性的意図必要説に立っていたといっても、それは振り返ってみれば、どうやら当時から盤石な通説ではなかったようである。昭和45年判決<sup>(7)</sup>に対しては、学説から強い異論が投げかけられ、多くの学説はすぐに性的意図不要説<sup>(8)</sup>を主張し始めた。強制わいせつ罪は個人の性的自由を守るための規定であるから、被害者の性的自由が行為者の故意行為によって侵害されれば成立要件に欠けることはなく、行為者に故意に加えて特別な性的意図を別途要求する必要はないという見解が有力となったのである。もちろん、今回裁判官として判決に加わった刑法学者の山口厚もこの不要説の主張者であつた<sup>(9)</sup>。<sup>(10)</sup>

では、このような状況下においてなされた今回の判例変更は、少なくとも裁判例と合致し、学説の大勢とも軌を一にするものであるから、問題なく受け入れられるものであるのかといえ、なおいくつかの問題が未整理であることを指摘せざるを得ない。



第1に、平成29年事案において「強制わいせつ罪の成立には性的意図が必要である」とする弁護人の主張にも一定の説得力があることが挙げられる。弁護人は、普通人の感覚で客観的にわいせつ性を判断するとすれば、普通人がわいせつであると考えないような小児性愛についてはわいせつであるという評価ができなくなるのであって、小児性愛をわいせつであると判断するためには、行為者の小児性欲という性癖ないし性的意図を考慮しなければならないという<sup>(11)</sup>。くわえて、仮に性的意図が不要であるとすれば、「泌尿器科や産婦人科で13歳未満を診察する行為」、「乳幼児への養育行為」、「身障者への介護行為」などが強制わいせつ罪の構成要件に該当することになり、社会生活に支障がでるとも指摘し、これらを正当行為として違法性阻却するにしても、その際に性的意図は考慮されるのだから、不要説は頓挫するともいう<sup>(12)</sup>。なるほど、これらの指摘は、実務上重要な意義を有するであろう。

第2に、平成29年判決は、「性的意図は不要である」と単に断じているのではなく、行為者の意図を判断要素として考慮すべき場合があることを認めているという点である。すなわち判決は、「刑法176条にいうわいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断せざるを得ないことになる。したがって、そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い」という。この最高裁による言及は理論的にどのような意味を持っているのか、その位置づけを検討しなければならないだろう。

そこで、本稿が行うのは、平成29年判決によって最高裁が「何を行ったか」を明確にすることである。これは、本判決の理論的位置づけと本判決の射程の両方にかかる作業である。

## 1) 昭和45年判決の意義

## a) 事案

昭和45年判決の事案の概要は、「内妻Aが本件被害者Bの手引により東京方面に逃げたものと信じ、これを詰問すべく判示日時、判示アパート内の自室にBを呼び出し、同所で右Aと共にBに対し『よくも俺を騙したな、俺は東京の病院に行っていたけれど何もかも捨ててあんたに仕返しに来た。硫酸もある。お前の顔に硫酸をかければ醜くなる。』……と申し向けるなどして、約2時間にわたり右Bを脅迫し、同女が許しを請うのに対し同女の裸体写真を撮ってその仕返しをしようと考え、『5分間裸で立つておれ。』と申し向け、畏怖している同女をして裸体にさせてこれを写真撮影した」というものである。

## b) 第1審および原審

第1審は、「本件は前記判示のとおり報復の目的で行われたものであることが認められるが、強制わいせつ罪の被害法益は、相手の性的自由であり、同罪はこれの侵害を処罰する趣旨である点に鑑みれば、行為者の性欲を興奮、刺戟、満足させる目的に出たことを要する所謂目的犯と解すべきではなく、報復、侮辱のためになされても同罪が成立するものと解するのが相当である」と判示した。ここでは、性的な目的は認定されておらず、報復目的のみが認定され、それでも強制わいせつ罪の成立には性的目的は不要であるがゆえに、強制わいせつ罪の成立に欠けるところはないとされている。

第2審は、弁護人の主張に対して「報復侮辱の手段とはいえ、本件のような裸体写真の撮影を行なった被告人に、その性欲を刺戟興奮させる意図が全くなかったとは俄かに断定し難いものがあるのみならず、たとえかかる目的意思がなかったとしても本罪が成立することは、原判決がその理由中に説示するとおりであるから、論旨は採用することができない。」と示した。ここでは、事実認定の問題として性的意図があった可能性に触れつつも、仮にそのような意図がなかったとしても本罪が成立することを肯定しており、やはり性的意図不要説が採用されている。

## c) 最高裁

これに対して、最高裁は、「刑法176条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であつても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべきである」と判示して、弁護人の主張を容れ、原判決を破棄し、高裁に差し戻した。

では、なぜ最高裁は性的意図必要説を採ったのだろうか。その根拠は、判決文中には表れておらず、明らかでない。その理由は推察するしかないが、当時の学説の多くが性的意思必要説に立っていたという以外に、あえて性的意思必要説に立たなければならなかった理由は見いだせない。<sup>(13)</sup>

## d) 意義

本判決の重要な点は、被告人に強制わいせつの故意があったことは事実関係から明らかであるから、本判決がいう「性的意図」とは、故意とは別に一律に要求される「書かれざる主観的構成要件要素」であると解される点である。<sup>(14)</sup>体系的な位置づけとしては、たとえば財産犯における不法領得<sup>(15)</sup>の意思と同様であると思われる。

すなわち本判決は、「強制わいせつ罪が成立するためには、すべての強制わいせつ事案において、書かれざる主観的構成要件要素としての性的意図が要求される」としたものであった。

## 2) 平成29年判決の意義

## a) 事案

平成29年判決の強制わいせつ罪にかかる客観的な状況は「被告人は、被害者が13歳未満の女子であることを知りながら、被害者に対し、被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどのわいせつな行為をした。」というものである。本件は、外形的にわいせつの行為であることについてはおそらく異論がない。平成29年刑法改正以降の行為であれ

ば、強制性交等罪（口腔性交）が成立する行為である。通常、このような行為が行われれば、行為者に性的意図がある場合がほとんどであると思われる。しかし、本件では弁護人による弁護活動の結果、1審段階において「被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残る」とされ、原審も1審の判断を是認した。というのも、被告人が本件行為に及ぶ背景には、被告人が第三者から金銭を借りようとしたところ、同人から金銭を貸す条件として被害女児のわいせつ行為を写真に撮って送るよう言われたものであり、被告人自身にわいせつの意図はなく、金銭目的であったと考えるのが合理的であると思われたからである。

#### b) 1審および原審

1審および原審は、被告人に性的意図があると考えするには合理的な疑いが残るという事実認定のもと、昭和45年判決について「同判例は相当ではない」（1審）、「最高裁判例の判断基準を現時点において維持するのは相当ではない」（原審）などと、最高裁判例を正面から否定して被告人に強制わいせつ罪の成立を認めた。

理由として1審は「強制わいせつ罪の保護法益は、被害者の性的自由と解されるところ、犯人の性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられない」こと、「犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別の主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しない」ことを挙げた。

原審も同じ理由を挙げた。特に、「強制わいせつ罪の保護法益は被害者の性的自由と解され、同罪は被害者の性的自由を侵害する行為を処罰するものであり、客観的に被害者の性的自由を侵害する行為がなされ、行為者がその旨認識していれば、強制わいせつ罪が成立し、行為者の性的意図の有無は同罪の成立に影響を及ぼすものではないと解すべきである」という点について、「犯人の性欲を刺激興奮させ、または満足させるという性的意図の有無によって、被害者の性的自由が侵害されたか否かが左右されるとは考えられないし、このような犯人の性的意図が強制わいせつ罪の成立

要件であると定めた規定はなく、同罪の成立にこのような特別な主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しないと考えられるから」との理由を示した。

#### c) 弁護人の主張

弁護人の上告理由は、本件が大法廷に回付された時点で、主に強制わいせつ罪に性的意図は不要とした判例違反の点に絞られた<sup>(16)</sup>。

弁護人は、性的行為には「一般人の感覚から性的行為と認められる行為」と「一般人の感覚からすればおよそ性的行為とは評価できないような行為」があるが、後者（たとえば小児性愛）については、客観的普通人の評価ではわいせつ性の判断が正しくできないと主張するとともに、実務において昭和45年判決は最近まで高裁判例に定着していることを示し、くわえて、社会的に必要な性的接触行為（13歳未満への診察行為、乳幼児への養育行為、身障者の介護行為等）が強制わいせつ罪の構成要件に該当するということになるならば社会生活に支障が出るし、もし仮に違法性阻却するというなら、結局性的意図が不法段階において考慮されることになっていて不要説は頓挫すると主張した。

さらに弁護人は、わいせつの定義自体に性欲要件が含まれている以上、性的意図不要説に転換するのなら「わいせつ」を再定義する必要があることになるが、それも困難であると主張した。

#### d) 最高裁

最高裁は、昭和45年判決を明確に否定して、性的意図がなくても強制わいせつ罪が成立することを認めた。いわく、「今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い」というのである。その理由は、以下のように明確にされている。

最高裁は、解釈の前提として社会的な変化を指摘する。最高裁は、「元来、性的な被害に係る犯罪規定あるいはその解釈には、社会の受け止め方

を踏まえなければ、処罰対象を適切に決することができないという特質があると考えられる。諸外国においても、昭和45年（1970年）以降、性的な被害に係る犯罪規定の改正が各国の実情に応じて行われており、我が国の昭和45年当時の学説に影響を与えていたと指摘されることがあるドイツにおいても、累次の法改正により、既に構成要件の基本部分が改められるなどしている。こうした立法の動きは、性的な被害に係る犯罪規定がその時代の各国における性的な被害の実態とそれに対する社会の意識の変化に対応していることを示すものといえる。」といい、続けて『刑法等の一部を改正する法律』（平成16年法律第156号）は、性的な被害に係る犯罪に対する国民の規範意識に合致させるため、強制わいせつ罪の法定刑を6月以上7年以下の懲役から6月以上10年以下の懲役に引き上げ、強姦罪の法定刑を2年以上の有期徒刑から3年以上の有期徒刑に引き上げるなどし、『刑法の一部を改正する法律』（平成29年法律第72号）は、性的な被害に係る犯罪の実情等に鑑み、事案の実態に即した対処を可能とするため、それまで強制わいせつ罪による処罰対象とされてきた行為の一部を強姦罪とされてきた行為と併せ、男女いずれもが、その行為の客体あるいは主体となり得るとされる強制性交等罪を新設するとともに、その法定刑を5年以上の有期徒刑に引き上げたほか、監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪を新設するなどしている。これらの法改正が、性的な被害に係る犯罪やその被害の実態に対する社会の一般的な受け止め方の変化を反映したものであることは明らかである」という。このように最高裁は、性被害の重大性を認識しつつある社会においては「被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべき」であるという姿勢を明確に打ち出した。

このような被害着目型の姿勢を前提としたうえで、本判決の結論を解釈論的に直接支えているのは、「法文上強制わいせつ罪の成立要件として性的意図といった故意以外の行為者の主観的事情を求める趣旨の文言が規定され」（下線部 a）ていないこと、および「強制わいせつ罪の加重類型と解される強姦罪の成立には故意以外の行為者の主観的事情を要しないと一貫して解されてきたこととの整合性」（下線部 b）であるといえる。換言

すれば、性的意図は明文によって求められておらず、本罪と連続的に理解される強姦罪（現強制性交等罪）<sup>(17)</sup>においても性的意図は不要というのが一致した見解であるが故に、解釈として性的意図を必要であると読むことはできないというのである。

ただし、本判決には主観的要件について一定の譲歩がついている。最高裁によれば強制わいせつの成否が問題となる行為には、「行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかの評価し難いような行為もあり」、<sup>(18)</sup>「そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い」というのである。すなわち、本判決によって、判例変更されたのは「強制わいせつ罪の成立において一律に行為者の性的意図を要求する」という点であり、本判決自体強制わいせつ罪の成立を判断する際に行為者の主観的事情を考慮する場面がありうることについては承認しているのである。

この点、もう少し掘り下げてみよう。

#### e) 意義

##### ①本判決は何を否定したか

本判決は、昭和45年判決を否定したものであるが、その否定した対象は、「行為の性質及び内容にかかわらず、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを一律に求め」る「解釈」である（上掲下線部d）。ここで単純に「性的意図を要求することを否定した」と解すると判例の意義を見誤る。判決は「行為の性質及び内容にかかわらず」、「性的意図」を「一律に求め」る「解釈」を否定したものである。したがって、たとえば「行為の性質及び内容によっては性的意図を判断の対象にする」可能性までも否定したものではない。このことは「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でな」（上掲下線部g）いという表現からも明らかである。



## ②本判決は何を保ったか

本判決は、「刑法176条にいうわいせつな行為と評価されるべき行為の中には、強姦罪に連なる行為のように、行為そのものが持つ性的性質が明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められるため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為がある一方、行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかの評価し難いような行為もある」(上掲下線部e)として、「そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い」(上掲下線部f)と述べた。ここでは、具体的な事情においては、行為者主観を考慮する可能性がなお保たれている。

このことをもって、「最高裁は場合によっては性的意図を必要とすることを認めた」と解するのをもたまた早計である。第1に、最高裁は場合によって考慮されるべき要素を「性的意図」に限定することを巧妙に避けている。最高裁は「当該行為に性的意味」(意図ではない)があるかどうかの評価について、「具体的状況等をも考慮に入れ」る必要性があることに触れ、「個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的<sup>(18)</sup>事情」(性的目的に限定されていない)を考慮する可能性を残しているのである(上掲下線部eおよびf)。第2に、最高裁は、行為や故意とは別にこの「主観的<sup>(18)</sup>事情」を考慮するといっているのではない。そうではなくて、行為の性的意味の有無の評価において考慮するといっているのである。

すなわち、最高裁は、「あらゆる強制わいせつの場面において行為・故意とはまったく別個の書かれざる主観的構成要件要素を要求すること」を完全に否定(すなわち昭和45年判決の否定)し、同時に「事案によっては行為の意味の確定のために行行為者の主観的<sup>(18)</sup>事情が考慮される場合があること」を認めたのである。

### 3) 行為者主観の行為意味への還元

#### a) 最高裁が行ったこと

平成29年判決において最高裁が行ったことは、つまり、以下の通りである。

- ①行為者の性的意図を「書かれざる主観的構成要件要素」として見ることの完全否定
- ②行為の意味を確定するために行為者主観を考慮する場面がありうることの肯定

これは、理論的にはこれまで行為・故意と別個の要素とされてきた行為者の意図に関する議論の土俵を、行為の意味づけに関する議論として行為意味論の地平へと移す（あるいは戻す<sup>(19)</sup>）ものであると評される。判例は、主観的事情を判断要素として考慮する場面がありうるという（下線部f）直前に「行為に性的な意味があるといえるか否か」といい、その前（段落⑦）においても「いかなる行為に性的な意味があり」と述べている。これはまさに判例が、主観的事情を行為の意味づけに利用することを認めたことの証である。

実行着手の確定において行為者の行為計画（犯罪計画・所為計画）を考慮することを是認する見解は——私見も含めて<sup>(20)</sup>——多く<sup>(21)</sup>、そして妥当である。たとえば、引き金に指をかけて被害者にピストルを向ける行為は、すぐに弾丸を発射するという計画であれば殺人未遂行為であり、弾丸を発射するつもりなく被害者を畏怖させるという計画であれば脅迫行為である。それが行為者が所属するマフィア内での単なる挨拶なのであれば、銃刀法違反等は別にして、刑法典上の犯罪は成立しない。これは、実行の着手時期だけの問題に限定されない、「行為の意味」の確定の問題である<sup>(22)</sup>。このように、ある行為がどのような意味を持ち、いかなる規範に違反するのかについては、強制わいせつ罪に限らず、あらゆる犯罪において、行為状況と行為計画を考慮して決定される。そうであれば、今回の判決が判示した

内容は、ごく当然のものと評することができるだろう。

b) コンテキストによって意味づけられる行為

というのも、あらゆる行為は、行為を包む全体的なコンテキストの中でしか理解されないからである。たとえば、あるペダルを踏む行為は、それが自動車の推進機構と連結しているペダルであれば、アクセルを踏む行為であり、停止機構と連結しているペダルであればブレーキを踏む行為である。いかなる機構とも連結していなければ、単に板を踏む行為である（何とも連結されていない板はペダルにもなり得ない）。さらにこれを包むコンテキストによって、アクセルを踏む行為は殺人行為である可能性も、適法な運転行為である可能性もあり、ブレーキを連続して踏む行為が通常の運転である場合も、事故回避行為である場合も、危険運転行為である場合も、「ア・イ・シ・テ・ルのサイン」である場合も想定できる<sup>(23)</sup>。人の胸を押す行為は、状況に応じて暴行にもわいせつにも殺人にもなりうる。行為は、——言語とまったく同様に——身体の動静と他者と共有可能な意味によって構成されている。

これらの行為の意味を支えるコンテキスト（具体的コンテキストにおける行為の機能こそが行為の意味である）は、もちろんいわゆる客観的な事情のみに限定されない。むしろ、行為が「了解可能な一人称的説明に事後的に付し得る身体の動静」である以上<sup>(24)</sup>、他者に了解されるような一人称的事情こそが行為に意味をもたらす重要な要素である。ある者がバッターボックスでボールに向かってバットを振ったとき、誰もが振り返って「あの人はバットをボールに当てようとした」と理解できるからそれはわかりやすく行為なのである<sup>(25)</sup>。すなわち、「この行為はどのような状況でどのような意図によって行われたのか」という問いに対して、社会的に納得可能な回答が事後的に得られる身体の動静こそが行為なのである。そうであるから、行為の意味の説明の要として一人称的説明が用いられうることは当然である<sup>(26)</sup>。もちろん、客観的コンテキストから文脈があまりにも明白であり、一人称的説明を明示的に問う必要はない（実は問うているのだがあえてあげつらって問題にされることがない）場面は存在しうる<sup>(27)</sup>のだから。

## c) 必要説の問題意識の解消

ここで、弁護人が主張する必要説の問題意識に触れておかなければならない。というのも、弁護人が主張する必要説の根拠は、いずれも実務上重要であると考えられるからである。

必要説の根拠は以下の3点にまとめられる。

- ①一般人の感覚から性的行為とは評価できないような行為をわいせつであると評価するために性的意図の考慮が必要である。
- ②社会的に必要な性的接触行為をわいせつでないとするために性的意図の考慮が必要である（不要であるといっても、結局違法性阻却事由において考慮することになる）。
- ③わいせつの定義自体に性欲要件が含まれているのだから、性的意図を考慮することが必要である。

まず、①および②については、このような限界事例の判断の場合には具体的状況・行為者主観を行為の要素として要求すれば足りるといえよう。行為者主観をまったく排除してしまうと、必要説が指摘するような問題が生ずるが、行為を意味づける主観を考慮できるのであれば、実際的な問題は生じない。

③は妥当な主張であるが、これは判例によって否定されていない。判例は「書かれざる主観的構成要件要素」としての意図を否定したのみであって、行為がわいせつであるか否かの判断について行為者主観を考慮することを排除しない。

このように、判例の枠組みは、行為状況や行為者意図から「一般人の感覚から性的行為とは評価できないような行為をわいせつであると評価する」ことおよび「社会的に必要な性的接触行為をわいせつでないとする」ことを可能にし、「わいせつの定義自体」に性的意図を読み込むことを否定しないのである。

したがって、実際的に重要である必要説の問題意識は、平成29年判決の

枠組みにおいては解消されているといえる。

#### d) 一点の指摘

以上のように、平成29年最高裁判決は妥当である。むしろ、これまで性的意図が行為や故意から離れて独り歩きしていた状況を是正し、議論の土俵を実行行為の問題に移し、行為を意味づける行為者主観に位置づけなおし、実務上の問題意識もクリアした当然の判決といえる<sup>(28)</sup>。

ところが、一点、表現上の疑問がある。

最高裁は、「刑法176条にいうわいせつな行為と評価されるべき行為の中には、強姦罪に連なる行為のように、行為そのものが持つ性的性質が明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等如何にかかわらず当然に性的な意味があると認められるため、直ちにわいせつな行為と評価できる行為がある一方、行為そのものが持つ性的性質が不明確で、当該行為が行われた際の具体的状況等をも考慮に入れなければ当該行為に性的な意味があるかどうかの評価し難いような行為もある」(上掲下線部e)という。しかし、「強姦罪(強制性交等罪)に連なる行為」であっても、原理的には事後的・社会的に了解可能な一人称的説明が行為を行為たらしめるのである。「客観的状況を証拠を挙げて描写するだけで行為者意思を合理的疑いを超えて認定できるから、行為者の意図を考慮したことにつき別途項目立てて具体的に言及するまでもない場合が存在する」という意味であるならばそのとおりであるが、もし「一人称的説明抜きに意味づけられる行為が存在する」という意味なのであれば、それは原理的に不当であるという指摘をしておきたい。

#### おわりに

強制わいせつ罪の成立に、書かれざる主観的構成要件要素としての性的意図が必要であるということはない。しかし、行為が具体的コンテクストにおいて「わいせつ行為」であることを確定するために、行為者主観が援用されうること否定されるものではない。それが平成29年最高裁判決の

いわんとするところである。これは、行為者主観の位置づけを特殊的主観的構成要件要素の問題から、実行行為性の問題に解消するものであり、妥当な判決であるといえる。

ただし、これは、なにも強制わいせつ罪に限ったことでなく——当たり前すぎてあえて言及されることが少ないため忘れられがちであるが——あらゆる犯罪の実行行為に共通の認定方法に他ならないのである。というのも、「わいせつ行為」は明らかに意味に満ちた概念であるから、その意味を確定しなければならないという問題意識が出てきやすいのに対して、たとえば「殺人行為」も行為である以上意味に満ちた概念であるにもかかわらず、一般的には単純な客観的行為と考えられがちであるために（そしてそう考えても行為の意味と大きく乖離することが少ないため）、その問題意識が表面化しないというだけの違いにすぎないのである。

（了）

#### 注

- （１） 本判決への評釈、解説等として特に、成瀬幸典「強制わいせつ罪の主観的要件としての性的意図の要否」法学教室449号（2018年）129頁、木村光江「行為者の性的意図と強制わいせつ罪の成立要件」平成29年度重要判例解説1518号（2018年）156頁以下、松木俊明＝奥村徹＝園田寿「強制わいせつ罪の成立と行為者の性的意図の要否」法学セミナー758号（2018年）48頁以下、村井俊邦「強制わいせつ罪の成立に、わいせつ目的を必要とするか」時の法令2043号（2018年）50頁以下参照。下級審段階で触れたものに、森永真綱「性的意図は強制わいせつ罪の成立要件か？」法学教室440号（2017年）2頁以下、成瀬幸典「強制わいせつ罪の主観的要件として犯人の性的意図は必要ではないとされた事例」法学教室432号（2016年）166頁。
- （２） たとえば、前田雅英『刑法各論講義』第6版（東京大学出版会、2015年）96頁は、「性被害を重視する国民の意識の流れからは、判例変更の可能性も十分考えられる」と指摘していた。
- （３） 東京地判昭和62年9月16日判タ670号254頁。
- （４） ただし、本件を性的意図を不要としたものではなく、性的意図が併存していたものと解するものに、高橋則夫『刑法各論』第2版（成文堂、

2014年) 128頁。

- (5) 東京地裁の判断基準で良いのであれば、行為者がわいせつ性について認識していたことの証拠(故意の認識があったこと)および判示は原審の程度で十分であろう。
- (6) 東京高判平成26年2月13日高刑速平成26年45頁。
- (7) 当時の学説状況について、学説は圧倒的に性的意図必要であったという見解(平成29年判決弁護人奥村の調査によれば、明治以来の刑法の概説書には性的意図必要説しか存在しないことが判明したという。松木＝奥村＝園田・前掲注(1)49頁)も、当時から客観的見解が主張されていたという見解(成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察——その主観的要件を中心に——」法学80巻5号(2016年)3頁以下)もある。なお、昭和45年判決5年前のコンメンタールに所一彦は「性欲を刺激・興奮・満足させる目的に出たことを要するとする説がすくなくない。目的犯と見るべきか傾向犯と見るべきかはなお問題ではあるが、おおむね妥当というべきであろう」と書いている(所一彦「強制わいせつ罪 § 176」団藤重光責任編集『注釈刑法(4)各則(2)』(有斐閣, 1965年)295頁)。この所の解説によるならば、少なくとも学説が主観的意図を要求していた(が、要求しない学説もあった)ということになるだろう。
- (8) 平野龍一「判批」警察研究42巻6号121頁など。
- (9) 団藤重光『刑法綱要各論』第3版(創文社, 1990年)491頁, 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会, 1977年)180頁, 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論』第7版(弘文堂, 2018年)100頁, 山中敬一『刑法各論』第2版(成文堂, 2009年)147頁, 前田・前掲注(2)96頁など多数。なお、近年のわいせつ意図必要説として、高橋・前掲注(4)127頁, 成瀬「強制わいせつ罪の主観的要件として犯人の性的意図は必要ではないとされた事例」前掲注(1)166頁。
- (10) 山口厚『刑法各論』第2版(有斐閣, 2010年)108頁。
- (11) 松木＝奥村＝園田・前掲注(1)49頁(奥村執筆部分)。
- (12) 松木＝奥村＝園田・前掲注(1)49頁。
- (13) 調査官解説も性的意図が必要であるという通説に立ったと述べるのみである(時国康夫最判解刑事篇昭和45年度1頁)。また、最近でもたとえば村井敏邦が、当時は傾向犯説が通説であったのでその見解を採用した旨を述べている(村井敏邦「強制わいせつ罪の成立に、わいせつ目的を必要とするか」時の法令2043号(2018年)51頁)。
- (14) なお、成瀬幸典「強制わいせつ罪に関する一考察(上)——その主観



- 的要件を中心に——」法学80巻517頁（2016年）は、昭和45年判決は性的意図を独立の主観的要件として論じているが、それは当時の学説裁判例との位置づけが異なっていると指摘する。成瀬によれば、当時の学説・裁判例は性的意図を「わいせつ行為性」に関する問題としていたという。
- (15) 犯罪の成否および他罪との限界を画するという機能も同様である。
  - (16) 松木＝奥村＝園田・前掲注(1)49頁（奥村執筆部分）。
  - (17) ただし、女性の反抗を抑圧するすべての強姦への実行の着手が強姦の実行行為として扱われてこなかったのは、強姦の故意がないから強姦罪でないというよりも前に、実は強姦にも（本判決が要求する程度には）性的意味が要求されており、性的な意味をまったく持たない行為については強姦の実行行為性がないと考えられていたのだと思われるが。
  - (18) 西田・前掲注(9)101頁（橋爪による補訂部分）もこのことを指摘している。
  - (19) たとえば、刑法施行わずか2年後に刊行された大場茂馬『刑法各論（上）』（三書楼，1909年）252頁には「猥褻の行為とは客観的に之を言へば淫事に関し風紀を紊る行為即ち羞恥の感覚を惹起する行為を謂い、主観的に之を言えば行為者が淫欲を起こし若しくは之を満足せしむる為めに行う行為を謂う」（旧漢字を新漢字に、カタカナをひらがなに改めた）とあり、ここでは主観的な要件は行為に関連して理解されていたのである。なお、前注(7)で触れた、奥村による明治以来の刑法の概説書には性的意図必要説しか存在しないことが判明したという調査についてであるが、おそらく大場のような行為の意味としての性的意図必要説（昭和45年判決の文脈でいえば性的意図不要説）も含めているのではないだろうか。
  - (20) 江藤隆之「実行の着手における主観的なものと客観的なもの——刑法教義学の超越論的検討」桃山法学20号・21号（2013年）163頁以下。
  - (21) たとえば、川端博『刑法総論講義』第3版（成文堂，2013年）481頁以下、西田典之『刑法総論』第2版（弘文堂，2010年）306頁、井田良『講義・刑法学総論』（有斐閣，2008年）399頁、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会，2016年）99頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣，2013年）344頁以下、最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁など。
  - (22) 行為計画を考慮することを実行の着手の問題だけに限定しようとする論者もいるだろうが、①実行の着手時に考慮したものを最終的に考慮しなかったことにすることはできない、②行為計画を考慮しなければその

意味が確定できないという理由で行為計画を考慮することを認めるのならば、結局のところ行為計画を考慮しなければわいせつ行為か否かを確定できないという理由で、強制わいせつ罪の行為の意味を行為計画も含めて確定する理論に反対することはできない、ので、実行の着手を画する際においてのみ行為計画を考慮するという理論は（完全な認定論の事後判断を貫く見解に対しては①はともかく、②の理由から）成り立たないだろう。

- (23) Dreams Come True (吉田美和作詞)「未来予想図Ⅱ」アルバム「LOVE GOES ON…」所収 (EPIC/SONY RECORDS, 1989)。
- (24) 「手があがる」は行為ではなく、「手をあげる」が行為である。この「手をあげる」から「手があがる」を引いたところに残るものこそ、行為を行為たらしめているものである (Vgl. Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, 621 ff.)。そして、ここに残っているのは「了解可能な一人称的説明（事後的社会的に説得力のある行為者還元的説明）」である。というのも、「手があがる」という言葉と「手をあげる」という言葉の違いは、まさにそのまま「言葉の違い」であり、言葉の違いとは共有されている文脈の違いに他ならないからである（我々は通常の場合、同じ現象に対して「彼の手があがった」とも「彼が手をあげた」ともいえる。ここで、私が言いたいのは、「彼の手があがった」とは言えるが「彼が手をあげた」といえない場合は行為ではないということであり、いつ「彼が手をあげた」といえないかということ、それは社会的な文脈においてのみ判断可能だということである）。文脈とは社会的事実であり、そこにおいて把握されるのは社会から孤立した行為者主観ではない。「社会的にそのような文脈を想定することが説得力を有する文脈」の中に位置づけられた行為者主観（了解可能な一人称的説明）である。

私は、かつて次のように書いた。「行為とは、『なぜそのようなことをしたのだ（しなかったのだ）？』と問われたときに、『○○だからだ（『お腹が空いたからだ』、『好みのタイプだったからだ』、『暑いと思ったからだ』、『邪魔だと思ったからだ』、『仕事がうまくいかずにムシャクシャしていたからだ』、『ひどいことを言われてカッとなったからだ』、『眠かったからだ』なども含む）」と了解可能な一人称的説明が事後的に可能な身体の動静であり（『なぜ膝蓋腱反射をしたのか』と問い詰められても一人称的説明はありえず三人称的説明しかできないため膝蓋腱反射は行為ではない。また、行為当時興奮のあまり自己の行いに対して説明がで

きなかったとしても、事後的に『なぜそうしたのか』と問われた際に『冷静になってみると〇〇だからだ』と了解可能な一人称的説明が想定できるのであれば行為である、その一人称的説明が意思と呼ばれるものである。』と（江藤隆之「行動の自由に対する侵害犯としての公務員職権濫用罪」桃山法学27号（2017年）30頁）。

なお、この立場は目的的行为論ではない。目的的行为論のように、行為者が現に抱いた（と評価される）目的が行為の起点となることを承認するものではないからである。

- (25) もちろん、覚せい剤の影響によって体を動かしている者も「幻覚中で襲われているから逃げようとしている／幻聴を聴いてその指令に従うつもりだ」と了解されるかぎり行為である。反対に、たとえば、「雨が降りたがったからだ」とはいえないので、降雨は行為ではない。なお、私の立場は「お腹が空いたからライオンが噛んだのだ」といえるときにライオンに行為性を認めるのかという問題に直面する。私は、ライオンも、犬も、猫も、ホッキョクグマも行為すると考える（逆に嬰兒は行為しない）が、刑法の適用についてはひとまず「主体を人に限る」というところで人以外の動物は排除可能であると応えておきたい。
- (26) ある事象が水を飲む行為であるかを確定するときに、そこに水があること、体内に水を取り入れたこと等の客観的状況とともに、社会的に了解可能な一人称的再記述可能性（了解可能な一人称的説明）が最終的な核になることは避けられない。「彼／彼女の口の中にストローを通して水が入り、彼／彼女の口から体内へと水が入っていった」という事象が「彼／彼女は、水を飲んだ」という行為なのは「彼／彼女が（一人称的に・主体的に）水を飲みたかったから（このような事象が起こったのだ）」という説明が（たとえその時、彼／彼女は無意識的に水を飲んだのだとしても）事後的に了解可能性を持って可能だからである。これに対して、「ストローが水を飲みたかったのだ」という説明は社会的に了解不能であり、「水が彼／彼女の体内に入りたかったのだ」というのも同様に理解できない。したがって、この場面においては水もストローも行為していないことになる。
- (27) 本判決が「強制わいせつ罪の加重類型と解される強姦罪の成立には故意以外の行為者の主観的事情を要しないと一貫して解されてきた」（下線部b）というのがまさにこの例である。たしかに、強姦（現行法においては強制性交等）は、その意図にあえて触れなくても性的意図があるのが通例であるから「主観的事情を要しないと一貫して解されてきた」

ようにみえた。しかし、実はその通例とみられる場合においても行為を意味づける意図はたしかに存在していたのである。そうであるから、強制性交等罪の事案においても、行為を意味づける行為者主観を議論の俎上にあげるべき場合がある可能性はなお考えられるのである（例えば、注(17)のように、仮に故意で犯罪成立が否定できるとしても、行為がいかなる意味を持つかの問題は故意認定に先行するだろう）。

- (28) ただし、成瀬「強制わいせつ罪に関する一考察(上)——その主観的要件を中心に——」前掲注(14)517頁は、「客観的に同一の行為でありながら、行為者の性的意図の有無によって、わいせつ行為か否かが決定されるとするのは不自然である」といい、昭和45年判決が「わいせつ意図」を行為とは別の主観的要素として位置づけたことに意義を見出しつつ、平成29年判決についても成瀬「強制わいせつ罪の主観的要件としての性的意図の要否」前掲注(1)129頁において『「わいせつな行為」とは行為の外形面に関わる要件であり、行為者の主観的事情によってその有無の判断が左右されるものではないと考えられる」という。成瀬の立場は峻厳な主客二元論の世界観を前提とするものであるが、そのような世界観は妥当ではないだろう。刑法的な例も挙げてみよう。たとえば、尻の付近に手を伸ばす行為が、尻ポケットの財布に対する窃盗（未遂）行為なのか強制わいせつ（未遂）行為なのかは純客観的には決まらない。「被害者の尻のあたりをまさぐる行為は尻ポケットに入っている財布に対する窃盗行為だが、故意がないからあるいは不法領得の意思がないから窃盗罪が成立しない」のではなく、尻ポケットの財布など気にも留めずただ被害者の尻を撫でる目的の行為はそもそも窃盗行為（窃盗性を有する行為）ではないのである。そうでなければ、人の反抗を抑圧する程度の暴行を加える強盗の（未遂）行為は（後で主観的要素で切ることができるとしてもひとまず）すべて強制わいせつ・強制性交等の（未遂）行為であるということになってしまうだろう。

\*本稿脱稿後、校正段階で「判例時報」2366号（2018年）掲載の奥村徹、小林憲太郎、佐藤拓磨の3論稿に触れた。これらの論稿について検討することができなかったが、それらの読了後においても本稿の結論に変更のないことを付言しておく。